

Nieuwsbrief PFR Updates - Nummer 04, 2019

Nummer 4, 2019

Redactie: W.M. Schrama, L. Hu, M. Jonker, M. van der Leeden en J. Tigchelaar.

INHOUDSOPGAVE

Hof van Justitie van de Europese Unie

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2018:835](#) 17-10-2018

U.D./X.B.

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:1248](#) 05-02-2019

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:1253](#) 05-02-2019

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:327](#) 31-01-2019

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:106](#) 23-01-2019

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2019:172](#) 22-01-2019

Rechtbank

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2019:498](#) 12-02-2019

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2019:941](#) 01-02-2019

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2019:360](#) 31-01-2019

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2019:746](#) 30-01-2019

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2019:320](#) 29-01-2019

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2018:12445](#) 20-12-2018

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2018:9563](#) 21-11-2018

Uitspraken zonder ECLI

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens](#) 11-10-2018

S. V. t. Italië

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

Machtiging uithuisplaatsing gegeven in een voorziening voor pleegzorg. De GI verzoekt om een nieuwe machtiging op grond van artikel 1:265b lid 1 BW, omdat het nodig is de minderjarigen te plaatsen in een gezinshuis en de eerder afgegeven machtiging daartoe niet strekte. De rechtbank wijst het verzoek af. Er is in de eerdere beschikking geen aanknopingspunt te vinden dat een andere machtiging beoogd was af te geven dan de algemene machtiging die bedoeld is in artikel 1:265b lid 1 BW.

Op 27 november 2018 heeft de kinderrechter twee minderjarigen uit één gezin onder toezicht gesteld en een machtiging tot uithuisplaatsing gegeven voor beide kinderen in een voorziening voor pleegzorg.

Beide kinderen hebben zodanige deskundige begeleiding nodig dat zij niet in een pleeggezin kunnen verblijven, maar naar een gezinshuis moeten. De gecertificeerde instelling (GI) heeft daarom om een nieuwe machtiging gevraagd. De GI stelt daartoe dat de machtiging, zoals die is gegeven, erop duidt dat de kinderrechter een machtiging voor een type voorziening heeft gegeven die het niet mogelijk maakt om zonder tussenkomst van de kinderrechter te plaatsen in een gezinshuis.

Bij de beoordeling van het verzoek neemt de kinderrechter tot uitgangspunt dat de wet sinds 1 januari 2015 geen categorieën uithuisplaatsing meer kent. In het algemeen zal er geen reden kunnen zijn om een machtiging te beperken door daarin een type voorziening op te nemen. Daarvoor is redengevend dat in de Jeugdwet is geregeld dat de minderjarige bij een uithuisplaatsing bij voorkeur in een pleeggezin of in een gezinshuis wordt geplaatst en dat alleen als dit aantoonbaar niet in zijn belang is, een residentiële plaatsing in beeld komt (art. 2.3 lid 6 Jeugdwet).

Het voorgaande sluit niet zonder meer uit dat specifieke feiten en omstandigheden redengevend kunnen zijn om een machtiging te geven die strekt tot plaatsing in een specifieke voorziening. In de beschikking van de kinderrechter van 27 november 2018 is echter geen

aanknopingspunt te vinden dat op grond van bijzondere feiten of omstandigheden een andere machtiging werd beoogd te geven dan de algemene machtiging zoals bedoeld in artikel 1:265b lid 1 BW. Dit betekent dat de GI op grond van die machtiging ook kan plaatsen in een gezinshuis, omdat dit – zoals ter zitting is gebleken – aantoonbaar in het belang is van de minderjarigen. Dat laatste brengt met zich dat het verzoek wegens gemis aan belang moet worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 12-02-2019

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2019:498

Zaaknummer: C/18/189622 / JE RK 19-46

RECHTSPRAAK

Partneralimentatie. Voor het huwelijk aangegane overeenkomst waarbij van het volgens de wet verschuldigde levensonderhoud is afgezien, is nietig. Echtgenoten kunnen na echtscheiding wel afstand doen van een onderhoudsbijdrage.

Partijen zijn huwelijkse voorwaarden overeengekomen. In de considerans van de huwelijkse voorwaarden staat vermeld dat ‘de comparanten aan de bij deze akte vast te leggen overeenkomst van huwelijkse voorwaarden ten grondslag wensen te leggen (a) de wens van beiden om op geen enkele wijze eventueel tijdens het huwelijk optredende derving van inkomens te compenseren, ook niet indien dit verlies het gevolg is van de verzorgende of opvoedende taakvervulling van één van beiden;’.

De alimentatieplichtige betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat hij zich niet op de considerans in de huwelijkse voorwaarden kan beroepen vanwege nietigheid op grond van artikel 1:400 lid 2 BW. Weliswaar is er vaste jurisprudentie dat dit niet kan, maar daarop zijn uitzonderingen denkbaar en die blijken ook uit jurisprudentie. Partijen hebben volgens de alimentatieplichtige uitdrukkelijk beoogd uiting te geven aan hun wens om geen financiële afhankelijkheid jegens elkaar te scheppen, de alimentatiegerechtigde was zich van deze strekking bij het tekenen volledig bewust en er is geen sprake van zorgverplichtingen voor kinderen. Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid is een beroep op de nietigheid van de bewuste bepaling volgens [verweerder] dan ook onaanvaardbaar.

Het hof stelt voorop dat volgens artikel 1:400 lid 2 BW overeenkomsten waarbij van het volgens de wet verschuldigde levensonderhoud wordt afgezien, nietig zijn. Echtgenoten kunnen ingevolge artikel 1:157 BW bij overeenkomst wel afstand doen van de onderhoudsbijdrage die de een aan de ander na de echtscheiding verschuldigd zal zijn. Een dergelijke overeenkomst kan echter, op straffe van nietigheid, niet worden gesloten voor het huwelijk (HR 7 maart 1980, NJ 1980/363). Indien er al sprake zou zijn van een afspraak tussen partijen als door de alimentatieplichtige bedoeld – hetgeen door de alimentatiegerechtigde wordt betwist terwijl de tekst van de considerans op dit punt ook niet duidelijk is – is die afspraak in ieder geval gemaakt voorafgaand aan het sluiten van het huwelijk (en vastgelegd

in de considerans van de huwelijkse voorwaarden), wat betekent dat deze nietig is. Als een beroep op een dergelijke nietigheid op grond van maatstaven van redelijkheid en billijkheid al onaanvaardbaar zou kunnen zijn, zoals de alimentatieplichtige stelt, is het hof van mening dat die stelling door hem in ieder geval onvoldoende is onderbouwd. Het hof wijst het hoger beroep op dit punt af.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 05-02-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:1248

Zaaknummer: 200.229.918/01

RECHTSPRAAK

Beschermingsbewind. Op verzoek van degene wiens goederen onder bewind zijn gesteld, heeft de kantonrechter het bewind uitgesproken. Verzoekster komt daarvan in hoger beroep: zij heeft nooit een beschermingsbewind gewild, doch slechts hulp bij het doen van belastingaangiften. Inleidend verzoek wordt alsnog afgewezen.

Verzoekster is geboren in 1935. In 2018 is haar echtgenoot overleden. Op 28 maart 2018 is bij de rechtbank een verzoek tot onderbewindstelling van verzoeksters goederen binnengekomen. De kantonrechter heeft op 25 mei 2018 het verzoek toegewezen.

Verzoekster stelt in hoger beroep dat zij nooit een verzoek tot onderbewindstelling heeft willen doen. Zij bestrijdt dat zij fysiek en mentaal niet in staat zou zijn om het beheer over haar eigen vermogen te voeren. Zij beheerde tot de bestreden beschikking haar financiën zelf, soms met hulp van haar buurvrouwen C en D. Vanwege het overlijden van haar man viel er in het voorjaar van 2018 veel te regelen op het gebied van de belastingen en verzoekster had behoefte aan hulp daarbij. Haar bedoeling was enkel hulp te krijgen bij de contacten met de Belastingdienst en het invullen van de belastingaangifte. In maart 2018 is door de heer G, gevraagd of verzoekster openstond voor een coach om haar te helpen met de belastingzaken. Er heeft vervolgens een gesprek met de heer G plaatsgevonden, in het bijzijn van buurvrouw D. De indruk die tijdens dat gesprek volgens verzoekster is gewekt is dat er gezocht zou worden naar iemand die haar kon helpen bij de belastingaangifte, niet dat een onderbewindstelling zou worden verzocht. Verzoekster heeft in die veronderstelling vervolgens tijdens dat gesprek een formulier ondertekend, hetgeen later een eigen verzoek tot onderbewindstelling bleek te zijn. Haar is uitsluitend de laatste pagina van het formulier getoond, ter ondertekening. Omdat het haar hulpverlener betrof, vertrouwde ze erop dat het goed zat. Verzoekster stelt uitdrukkelijk dat zij niet op de hoogte was van het feit dat zij door het ondertekenen van het formulier om een bewind, en de aanstelling van een bewindvoerder heeft verzocht. Had zij dat geweten, dan had zij het formulier niet ondertekend.

Het hof constateert dat verzoekster in hoger beroep komt van een beslissing van de kantonrechter, waarbij deze heeft toegewezen hetgeen is verzocht, namelijk de

onderbewindstelling van haar goederen met benoeming van X B.V. tot bewindvoerder. Als uitgangspunt heeft te gelden dat de partij wier verzoek door de eerste rechter is toegewezen geen belang heeft bij een hoger beroep, en dat een rechtsmiddel er niet voor dient om in zo'n geval gelegenheid te geven de beschikking waarin dit verzoek is toegewezen ongedaan te maken.

Uit de stukken, de behandeling ter zitting en het verhoor van verzoekster volgt echter dat verzoekster deze beslissing nooit heeft gewild. Ten overstaan van het hof hebben de beide buurvrouwen C en D, die verzoekster al geruime tijd bijstaan, verklaard dat verzoekster in staat is haar eigen financiën te beheren, met enige hulp. D heeft voorts stellig verklaard dat in het gesprek met G het woord 'bewind' niet is gebruikt en dat is gesproken over een 'coach' die zou helpen bij de belastingzaken. Gelet op de verklaring van verzoekster zelf en de schriftelijke en mondelinge verklaringen van beide buurvrouwen op dit punt, acht het hof voldoende komen vast te staan dat het niet verzoeksters bedoeling was om een verzoek tot onderbewindstelling te doen en dat zij bij het ondertekenen van het aanvraagformulier in de veronderstelling verkeerde dat zij een verzoek tekende voor hulp bij het invullen van de belastingaangifte.

Het hof concludeert daarom dat de wil van verzoekster niet overeenstemde met de door haar ondertekende verklaring. Gevolg moet naar het oordeel van het hof zijn dat de bestreden beschikking dient te worden vernietigd en het inleidend verzoek alsnog wordt afgewezen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 05-02-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:1253

Zaaknummer: 200.244.923/01

RECHTSPRAAK

Omgang, artikel 1:377a BW. Vader is zes jaar in het buitenland geweest en heeft al die tijd niets van zich laten horen. Vader is terug in Nederland en wil omgang met zijn kind. Verzoek wordt afgewezen. Vader geeft onvoldoende duidelijkheid of zijn verzoek is ingegeven door zijn wens in Nederland te kunnen blijven.

De vader is in 2010 een omgangsprocedure gestart. Deze heeft uiteindelijk geleid tot een beslissing dat de vader een keer per twee weken omgang gedurende maximaal een uur kan hebben met de minderjarige, onder begeleiding. Deze beschikking is door de vader niet nagekomen of uitgevoerd. Sedert begin 2012 heeft de minderjarige geen omgang met de vader gehad. De vader is in 2012 naar het buitenland vertrokken. Medio 2018 is hij teruggekeerd. Via zijn advocaat heeft hij de moeder, die alleen het gezag over de minderjarige heeft, om omgang verzocht. De moeder heeft daarop niet gereageerd. De vader is vervolgens een omgangsprocedure gestart. Hij verzoekt om omgang met de minderjarige eens per twee weken op zaterdag en eens per twee weken op woensdagmiddag.

De moeder heeft gemotiveerd om afwijzing van het verzoek verzocht. Zij en haar zoon herbelevden het roerige einde van de relatie destijds. De vader verschijnt intussen op het voetbalveld en zoekt via YouTube contact met zijn zoon. De advocaat van de vader heeft toegezegd dat niet meer te zullen doen.

De Raad voor de Kinderbescherming (de Raad) heeft ter zitting geadviseerd dat eerst duidelijk moet worden of de vader in Nederland kan blijven. Als dat niet zo is, kan de Raad geen onderzoek starten en wordt omgang moeilijk. In ieder geval kan de vader na zes jaar afwezigheid niet zomaar terugkeren in het leven van zijn zoon.

De rechtbank overweegt als volgt. Het verzoek van de vader is gericht op het krijgen van maximaal een onbegeleide wekelijkse omgang met zijn zoon. De minderjarige heeft zijn hoofdverblijf bij zijn moeder in Nederland. De vader heeft eerder in Nederland verbleven en is, nadat hij niet meer rechtmatig in Nederland verbleef, vertrokken en aansluitend zes jaar weggeweest zonder contact met zijn zoon te zoeken (of omgang met hem te hebben). In dit

verband moet de vraag worden beantwoord of de vader er thans op uit is om in Nederland (rechtmatig) te kunnen blijven én op welke termijn er meer duidelijkheid komt over de vraag of hij voorlopig of permanent in Nederland rechtmatig kan en mag (ver)blijven. Daartoe heeft de rechtbank vragen gesteld die door de vader slechts gedeeltelijk, zeer summier en zonder overlegging van bewijsstukken (of toelichting waarom die niet kunnen worden overgelegd) beantwoord.

De rechtbank concludeert op basis van het beperkte beeld dat kennelijk door de vader wordt bedoeld te stellen dat hij een status van (aanvraag) asielzoeker (vanwege gezinsleven met zijn zoon) in Nederland heeft sedert zijn registratie in Nederland in maart 2018 en dat hij verblijft op het asielzoekerscentrum in Heerlen. Kennelijk wordt bedoeld te stellen dat hij in afwachting is van een beslissing van de IND of mogelijk van de vreemdelingenrechter. Niet duidelijk is echter op welke beslissing van welke instantie de vader zit te wachten. Evenmin is duidelijk wanneer die duidelijkheid gaat komen. Die onduidelijkheid laat dan ook open de mogelijkheid dat de vader op korte of middellange termijn Nederland verlaat of moet verlaten. Juist die onduidelijkheid leidt er, in het verlengde van hetgeen ter zitting naar voren is gebracht en mede door de Raad is ondersteund, toe dat er onvoldoende aanleiding is om een raadsonderzoek te starten naar de vraag naar de mogelijkheden van een omgangsregeling tussen de minderjarige en zijn vader. Een dergelijk onderzoek zou in ieder geval noodzakelijk zijn geweest gezien de bijzondere merites in deze zaak.

Bij deze oordeelsvorming weegt nog het volgende mee. Juist waar zijn mogelijke aanvraag voor verblijf in Nederland kennelijk afhankelijk is van het gezinsleven met zijn zoon en de vader dat *family life* zelf heeft beëindigd en zijn leven anders heeft ingericht, hetgeen zijn goed recht is, zonder enig contact met zijn zoon te onderhouden of te trachten te onderhouden, bracht mee dat de vader had moeten toelichten op welke feiten en gronden hij denkt een reële kans te maken op een gunstige beslissing op zijn mogelijk verzoek om een verblijfsvergunning. Waar die toelichting uit de aard van deze zaak op de weg van de vader heeft gelegen en ontbreekt, komt ook dit voor zijn rekening en risico. De optelsom van hetgeen hiervoor is overwogen, voert de rechtbank tot de slotsom dat een onderzoek naar de mogelijkheden om te komen tot herstel van het contact en de omgang tussen hem en zijn zoon niet gerechtvaardigd is. Bij die stand van zaken dient het verzoek van de vader te worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 01-02-2019

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2019:941

Zaaknummer: C/03/252929 / FA RK 18-2749

RECHTSPRAAK

Kinderalimentatie bij kinderen van de man uit twee huwelijken. Bij de tweede echtscheiding zijn de man en de vrouw overeengekomen dat de man alle schulden voor zijn rekening neemt en dat hij een minimumbijdrage van € 25 per kind per maand betaalt. In eerste aanleg is de kinderalimentatie voor twee van de drie kinderen uit het eerste huwelijk bepaald op € 139 per maand. De man heeft in hoger beroep verzocht om, wegens het ontbreken van draagkracht, nihilstelling dan wel een minimale bijdrage. Het hof wijst dit verzoek toe.

Uit het door echtscheiding ontbonden huwelijk van de man zijn drie kinderen geboren. Voor twee van de drie kinderen is op verzoek van de vrouw de alimentatiebijdrage gewijzigd van € 34 naar € 139 per maand. De man is van deze beschikking in hoger beroep gekomen en verzoekt om nihilstelling of vaststelling van een minimale bijdrage.

Uit de beschikking van het hof blijkt dat de behoefte van de twee kinderen uit het eerste huwelijk van de man wordt geschat.

Wat de draagkracht van de man betreft houdt het hof rekening met de schulden uit het tweede huwelijk die de man op zich heeft genomen en waarop hij aflost. Daarbij overweegt het hof dat uit het echtscheidingsconvenant van de man en zijn tweede vrouw blijkt dat deze overeengekomen zijn dat de man na aflossing van de schulden geen draagkracht heeft om bij te dragen in de kosten van de beide kinderen uit het tweede huwelijk. De man betaalt voor beide kinderen iedere € 25. Het hof acht een dergelijke constructie niet ongebruikelijk. Op grond van deze omstandigheden ziet het hof voldoende aanleiding om bij becijfering van de draagkracht van de man rekening te houden met voornoemde betalingsverplichtingen. Dit brengt met zich dat het hof het draagkrachtloos inkomen van de man zal verhogen met € 559,54 per maand.

Op grond daarvan is het hof van oordeel dat de man over onvoldoende draagkracht beschikt om de door de rechtbank verhoogde alimentatie voor twee van de drie kinderen uit het eerste

huwelijk te voldoen. Het hof bepaalt de kinderalimentatie voor deze kinderen op het minimale bedrag van € 25 per maand.

Het hof legt aan de vrouw geen terugbetalingsverplichting op.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 31-01-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:327

Zaaknummer: 200.236.030_01

RECHTSPRAAK

Is een e-mail waarin een beperking van de omgang van de moeder met haar zoon is opgenomen, in dit geval een schriftelijke aanwijzing? Had de GI de rechter om vaststelling van een omgangsregeling moeten vragen? De kinderrechter vindt van niet, nu eerder de regie over de omgang door de rechter bij de GI is gelegd.

Het ouderlijk gezag wordt uitgeoefend door de ouders. De minderjarige woont bij de vader. De hoofdverblijfplaats is ook bij hem bepaald. De moeder heeft eerder een verzoek om een omgangsregeling aan de rechter gedaan. Deze heeft dat verzoek (een weekend per veertien dagen omgang) afgewezen. In hoger beroep heeft deze afwijzing standgehouden. Zowel de rechtbank als het hof hebben daarbij overwogen dat de jeugdhulpverlener de meest gerede partij is om in het belang van de minderjarige wijziging aan te brengen in het contact tussen de moeder en de minderjarige.

Bij e-mail van 16 oktober 2018 heeft de gecertificeerde instelling (GI) de omgang beperkt. De moeder stelt zich op het standpunt dat deze e-mail een schriftelijke aanwijzing betreft en dat deze vervallen moet worden verklaard. Het betreft een op rechtsgevolg gerichte beslissing van een bestuursorgaan houdende beperking van de omgang. Deze aanwijzing is niet zorgvuldig tot stand gekomen en niet behoorlijk gemotiveerd. De moeder is op geen enkele wijze op de hoogte gebracht van de wijziging van de omgang. Verder dient op grond van artikel 1:265g BW de rechter een omgangsregeling vast te stellen en niet de GI.

De GI heeft ter zitting gemotiveerd dat de omgang is teruggebracht, omdat deze te belastend was voor de minderjarige, een kwetsbaar kind.

De kinderrechter oordeelt dat de e-mail van 16 oktober 2018 niet gezien kan worden als een schriftelijke aanwijzing in de zin van artikel 1:265f BW. Dit artikel ziet immers enkel op de beperking van de contacten van een met het gezag belaste ouder en diens uit huis geplaatste kind. Van dat laatste is in casu geen sprake. De rechtbank heeft in de beschikking van 26 maart 2018 overwogen (onder het punt zorgregeling op pagina 3) dat de jeugdhulpverlener de meest gerede partij is om in het belang van de minderjarige wijziging aan te brengen in de omgang

tussen de moeder en haar zoon. De regie van de omgang ligt derhalve volgens deze beschikking bij de GI. Het verzoek van de moeder om een gewijzigde zorgregeling vast te stellen is afgewezen. Het gerechtshof heeft bij beschikking van 20 september 2018 de uitspraak van de rechtbank bekrachtigd en het ter zitting gegeven advies van Raad voor de Kinderbescherming om de contacten tussen de minderjarige en de moeder onder de regie van de GI vorm te geven overgenomen.

De kinderrechter is van oordeel dat de GI niet gehouden is om een verzoek ex artikel 1:265g BW bij de kinderrechter in te dienen. De kinderrechter heeft immers in de eerdergenoemde beslissing van 26 maart 2018 (weliswaar niet in het dictum, maar evenwel) aangegeven dat het aan de GI is om wijziging in de omgang tussen moeder en de minderjarige aan te brengen. De GI heeft aldus datgene gedaan wat van haar verwacht mocht worden en niet in strijd met het recht gehandeld.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 31-01-2019

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2019:360

Zaaknummer: C/16/469489 / JL RK 18-667

RECHTSPRAAK

Schriftelijke aanwijzing in verband met omgang. Verhouding tot HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2321. Aanwijzing houdt in dit geval in dat de moeder zich moet houden aan de in een eerdere beschikking van de rechtbank bepaalde omgangsregeling. Geen sprake van een aanwijzing die een beperking van het contact inhoudt en de eerdere rechterlijke beschikking opzijzet. Kinderrechter bekrachtigt aanwijzing en legt dwangsom op.

De gecertificeerde instelling (GI) verzoekt op grond van artikel 1:263 lid 3 BW een door haar gegeven schriftelijke aanwijzing te bekrachtigen. Door de kinderrechter is ter zitting aan de orde gesteld de vraag hoe het verzoek tot bekrachtiging van de schriftelijke aanwijzing ex artikel 1:263 lid 3 BW zich verhoudt tot de – na het indienen van het verzoek gepubliceerde, zeer recente – uitspraak van de Hoge Raad van 14 december 2018 (ECLI:NL:HR:2018:2321) na prejudiciële vragen van de Rechtbank Den Haag (o.a.) ter zake van de (aanwijzings)bevoegdheid van een GI om een zorgregeling vast te stellen of te wijzigen. Centraal staat de vraag of de kinderrechter, gelet op de thans geldende wetgeving en jurisprudentie, onderhavige schriftelijke aanwijzing nog op grond van artikel 1:263 lid 3 BW zou kunnen bekrachtigen of dat het de GI niet langer vrijstaat een zodanige regeling in een schriftelijke aanwijzing vast te leggen, zodat bekrachtiging niet kan volgen en de GI de weg van artikel 1:265g BW dient te bewandelen.

In zijn arrest van 14 december 2018 heeft de Hoge Raad – voor zover hier relevant – overwogen dat de GI niet langer aan de algemene aanwijzingsbevoegdheid van artikel 1:263 BW de bevoegdheid kan onttelen tot het geven van *contactbeperkende aanwijzingen*. Buiten het geval van uithuisplaatsing (waarvoor artikel 1:265f BW een bijzondere regeling bevat) dient de GI zich daarom steeds op de voet van artikel 1:265g BW tot de kinderrechter te wenden wanneer zij voor de duur van de ondertoezichtstelling contactbeperkende maatregelen in het belang van de minderjarige noodzakelijk acht. De Hoge Raad overweegt daarbij uitdrukkelijk dat het de GI derhalve niet is toegelaten een eerdere beschikking van de rechter door het geven van een schriftelijke aanwijzing betreffende de omgang, *opzij te zetten*.

Als belangrijke argumenten worden daarbij door de Hoge Raad genoemd het verschil in rechtsbescherming tussen beide procedures alsmede het feit dat het initiatief in geval van bezwaren tegen een schriftelijke aanwijzing bij de ouders wordt gelegd. Voorts is van belang dat artikel 1:265g BW bepaalt dat de GI tijdens een ondertoezichtstelling de kinderrechter kan verzoeken een zorgregeling *vast te stellen of te wijzigen*.

Gelet op het aldus geschetst wettelijk en jurisprudentieel kader, is belangrijk om vast te stellen dat het in onderhavig geval gaat om een schriftelijke aanwijzing van de GI die tijdens de ondertoezichtstelling is gevolgd op een eerdere vaststelling van een zorgregeling door de Rechtbank Rotterdam. Vervolgens rijst de vraag of de GI in de aanwijzing *contactbeperkende* aanwijzingen heeft gegeven betreffende de omgang, die de eerdergenoemde beschikking van de rechter *opzijzetten*. De kinderrechter stelt vast dat de schriftelijke aanwijzing inhoudelijk wel aanwijzingen bevat die de omgang betreffen, maar dat geen sprake is van een aanwijzing die de eerdere rechterlijke beschikking opzijzet: zo komen de frequentie van de omgang alsook de tijden van de overdracht geheel overeen met de door de rechter reeds vastgestelde regeling. Alleen op het punt van de concrete plaats van overdracht geeft de aanwijzing een nadere concretisering, waarbij direct aangetekend dat de Rechtbank Rotterdam deze plaatsbepaling reeds expliciet aan partijen in overleg met de GI had opgedragen.

De kinderrechter concludeert dat in onderhavig geval geen sprake is van een door de GI *vastgestelde of gewijzigde* zorgregeling (waarbij de weg van artikel 1:265g BW is aangewezen) en evenmin van een schriftelijke aanwijzing die een rechterlijke beschikking *opzijzet* (zoals door de Hoge Raad bedoeld). Gesteld kan worden dat onderhavige schriftelijke aanwijzing enkel de door de rechter aan de GI reeds opgedragen *nadere uitvoering* van diens beslissing betreft. In dit licht is de kinderrechter van oordeel dat de (systematiek van) de wet en de huidige jurisprudentie zich niet verzetten tegen *door rechters vastgestelde* zorgregelingen die de concretisering van veelal praktische onderdelen in een omgangsregeling aan de GI opdragen. En in het verlengde daarvan zou het nog altijd mogelijk moeten zijn dat de GI ter uitvoering van een rechterlijke beschikking bedoelde details (veelal tijd en plaats van overdracht) vastlegt in een schriftelijke aanwijzing, die door de rechter zo nodig bekrachtigd kan worden of waartegen de ouders langs de weg van vervallenverklaring kunnen opkomen.

Terugkomend op de door de Hoge Raad benoemde bezwaren in dit verband, kort gezegd het argument van het verschil in rechtsbescherming tussen artikel 1:265g en 1:263 BW en de vraag bij wie het initiatief tot procederen ligt, merkt de kinderrechter op dat deze bezwaren in onderhavig geval minder klemmend lijken: ook bij de bekrachtiging ex artikel 1:263 lid 3 BW ligt het initiatief immers net als bij de procedure ex artikel 1:265g BW bij de GI. Wat betreft de rechtsbescherming kan worden ingebracht dat bij de procedure van artikel 1:263 lid 3 BW inderdaad – anders dan bij artikel 1:265g BW – geen gewoon rechtsmiddel openstaat. Daar

staat tegenover dat tegen de eerdere beschikking van de rechtbank waarbij de zorgregeling in hoofdlijnen werd vastgesteld wel weer hoger beroep heeft opengestaan (waar partijen in onderhavig geval overigens niet toe zijn overgegaan). Dit alles brengt naar het oordeel van de kinderrechter met zich dat het de GI was toegelaten de aldus vormgegeven *uitvoering* van een rechterlijke beslissing omtrent de omgang in een schriftelijke aanwijzing neer te leggen en dat daarbij ook de weg van artikel 1:263 lid 3 BW openstond om deze aanwijzing door de kinderrechter te laten bekrachtigen.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 30-01-2019

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2019:746

Zaaknummer: C/15/282611 / JU RK 18-2324

RECHTSPRAAK

Verzoek om (omgangs)ondertoezichtstelling (OTS). De moeder dient klacht in tegen het onderzoeksrapport dat ten grondslag ligt aan het verzoek en tegen het verzoek. De Raad voor de Kinderbescherming wenst ter zitting het verzoek tot OTS in te trekken. Kinderrechter: intrekking dient schriftelijk te geschieden. Klacht geen aanleiding om aan te nemen dat er geen ernstige ontwikkelingsdreiging zou zijn. Kinderrechter spreekt mondeling OTS uit.

De Raad voor de Kinderbescherming (de Raad) heeft een verzoek tot (omgangs)ondertoezichtstelling ingediend. De moeder heeft bij de Raad een klacht ingediend tegen het verzoek en het raadsrapport. Ter zitting heeft de Raad gesteld het onderzoeksrapport en het verzoek in te willen trekken vanwege de klacht die is ingediend.

De kinderrechter overweegt dat een intrekking van een verzoek schriftelijk dient te geschieden. Voorts overweegt de kinderrechter dat het enkele feit dat de vrouw een klacht heeft ingediend bij de Raad ten aanzien van het raadsrapport, voor de kinderrechter geen aanleiding is om aan te nemen dat van de omschreven ontwikkelingsbedreigingen geen sprake meer zou zijn. Als een partij bezwaren heeft ten aanzien van de wijze waarop een rapport van de Raad (als deskundige) tot stand is gekomen, dan wel de inhoud ervan, dienen die bezwaren aan de rechter te worden voorgelegd. De rechter kan dan beoordelen of en in hoeverre het rapport in de beoordeling kan worden betrokken. Het is een gevaarlijk precedent als het indienen van een klacht ertoe leidt dat een onwelgevallig verzoek wordt ingetrokken. Dat verhoudt zich ook niet met de rechten van een kind, dat recht heeft op een kinderschermingsmaatregel steeds wanneer de gronden voor het nemen van die maatregel zich voordoen. Nu uit de stukken, (door de moeder niet weersproken onderdelen van) het onderzoeksrapport van de Raad en uit de behandeling ter zitting blijkt dat de minderjarige in haar ontwikkeling wordt bedreigd en de zorg die voor het wegnemen van die bedreigingen noodzakelijk is, niet of niet voldoende door de moeder wordt geaccepteerd, heeft de kinderrechter ter zitting direct mondeling de ondertoezichtstelling uitgesproken.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland
Datum uitspraak: 29-01-2019
ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2019:320
Zaaknummer: C/18/189210 / JE RK 18-908

RECHTSPRAAK

Partneralimentatie. Berekening draagkracht ondernemer. Niet is uitgegaan van kasstromen, maar van de gemiddelde winst uit onderneming over drie jaren. Voor het jaar 2017 wordt de winst gecorrigeerd voor een afschrijving op gebouwen die voordien nimmer heeft plaatsgevonden.

De man is in hoger beroep gekomen van de beschikking van de rechtbank waarbij de rechtbank de eerdere vastgestelde door hem aan de vrouw te betalen partneralimentatie heeft gewijzigd. Het geschil in hoger beroep beperkt zich tot de draagkracht van de man en de verdien capaciteit van zijn echtgenote. De man voert een onderneming in de vorm van een eenmanszaak. De rechtbank heeft ter bepaling van de draagkracht van de man gerekend met de gemiddelde winst over de jaren 2015 tot en met 2017, waarbij de rechtbank de in de jaarrekening 2015 vermelde winst heeft gecorrigeerd met een in dat jaar genoten eenmalige opbrengst. De man stelt in hoger beroep dat moet worden uitgegaan van de kasstromen en niet van de behaalde winsten. Uit het kasstroomoverzicht blijkt volgens de man duidelijk dat de liquiditeit van de onderneming van de man tekortschiet om een bijdrage aan de vrouw te betalen.

Het hof overweegt als volgt. De man heeft diverse kasstroomoverzichten in het geding gebracht die ter zitting met partijen zijn besproken. In die overzichten zijn de kasstroom uit operationele activiteiten, de kasstroom uit investeringsactiviteiten en de kasstroom uit financieringsactiviteiten opgenomen. Als vrije kasstroom beschikbaar voor onttrekking zijn achtereenvolgens de volgende bedragen voor respectievelijk 2014 tot en met 2017 (prognose) opgenomen: € - 2.583, € 2.986, € 193.546 en € 26.358. Naar het oordeel van het hof volgt hieruit niet dat de man geen enkele bijdrage aan de vrouw zou kunnen betalen. Verder heeft de man met zijn overzicht(en) onvoldoende inzichtelijk gemaakt van welke kasstroom moet worden uitgegaan. Het hof is dan ook van oordeel dat de man met hetgeen hij heeft aangevoerd onvoldoende heeft onderbouwd dat hij in verband met negatieve kasstromen niet over liquiditeiten beschikt om enig bedrag aan partneralimentatie te voldoen, noch dat van de kasstromen in plaats van het resultaat uit onderneming moet worden uitgegaan.

De man stelt verder dat de rechtbank ten onrechte heeft gerekend met de gemiddelde winst over de afgelopen jaren. Volgens de man is er een dalende trend in de omzet te zien, waardoor de actuele inkomsten lager zijn dan waarmee de rechtbank heeft gerekend. Dit brengt mee dat de man niet aan de opgelegde verplichting kan voldoen, nu deze niet zijn gebaseerd op de werkelijke inkomsten maar op inkomsten uit het verleden.

De vrouw betwist dat sprake is van een dalende trend. Zij voert aan dat in algemene zin sprake is van een bestendige lijn. Volgens de vrouw dient de prognose van 2017 te worden gecorrigeerd met de afschrijvingen.

Het hof zal, net als de rechtbank, rekenen met de gemiddelde winst over de jaren 2015 tot en met 2017. Het resultaat uit deze jaren vormt naar het oordeel van het hof een goede indicatie voor de te verwachten beschikbare winst. Uit de overgelegde jaarrekeningen en aangifte inkomstenbelasting blijkt immers van een bestendige lijn in de omzet van de onderneming. Het hof ziet echter wel aanleiding de winst over 2017 te corrigeren met de afschrijving ter zake gebouwen en terreinen van € 12.647, zoals de vrouw heeft betoogd. De man heeft ter zitting desgevraagd aangegeven dat de gerealiseerde winst over 2017 lager is dan de geprognostiseerde winst en eveneens lager is dan de winst over de voorgaande jaren in verband met een stelselwijziging in de bepaling van de jaarwinst. In de voorgaande jaren werd alleen afgeschreven op de inventaris en niet op de bedrijfsgebouwen. In 2017 is van deze bestendige gedragslijn afgeweken en wordt ook afgeschreven op de gebouwen en terreinen. Volgens de man wordt deze wijziging gerechtvaardigd door goed koopmansgebruik als bedoeld in artikel 3.25 Wet inkomstenbelasting 2001. Het hof is van oordeel dat wat er ook zij van een stelselwijziging, bij de bepaling van het inkomen van de man dat beschikbaar is voor de alimentatie, de winst dient te worden gecorrigeerd met dit bedrag. Het betreft namelijk een fiscale aftrekpost en geen reële uitgave. Deze keuze van de man kan niet ten laste van zijn onderhoudsverplichting jegens de vrouw worden gebracht. Daarbij komt dat in de jaarrekening geen enkele onderbouwing voor deze stelselwijziging is gegeven. Evenmin is aangegeven hoe de afschrijvingslast is berekend.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 23-01-2019

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:106

Zaaknummer: 200.240.611/01

RECHTSPRAAK

Pensioenverweer ex artikel 1:153 lid 1 BW; geen bestaand vooruitzicht op uitkeringen die teloor zouden gaan. Het hof bekrachtigt de uitspraak van de rechtbank waarbij de echtscheiding is uitgesproken.

De vrouw heeft in eerste aanleg in het verweerschrift echtscheiding tevens zelfstandig verzoek verzocht het verzoek tot echtscheiding af te wijzen, waartoe zij heeft aangevoerd dat zij niet kon overzien of sprake was van een situatie als bedoeld in artikel 1:153 lid 1 BW. Zij wenste dat de man de pensioen- en levensverzekeringsspolissen in het geding zou brengen om haar aanspraken te kunnen vaststellen. De man heeft dit vervolgens gedaan. De rechtbank heeft het pensioenverweer van de vrouw ongegrond geoordeeld. Kort gezegd heeft de rechtbank daartoe het volgende overwogen. De stelling van de vrouw dat zij recht heeft op een aandeel in het vermogen dat/de bedrijfswinst die door de man kan worden aangewend als pensioen en inkomen, kan niet leiden tot een geslaagd pensioenverweer, omdat artikel 1:153 lid 1 BW niet ziet op spaargelden en onroerende zaken. Uit hetgeen overigens door de vrouw ter onderbouwing van haar verweer is aangevoerd, is voorts niet af te leiden dat door de echtscheiding rechten op nabestaandenpensioen voor de vrouw verloren gaan.

Tegen deze beslissing is de vrouw in hoger beroep gekomen. De man is niet bereid gebleken bij de (toekomstige) aanwending van zijn levensverzekeringen en/of pensioenpolissen rekening te houden met een reservering voor nabestaandenpensioen. Hij heeft bewust gekozen voor een hoger ouderdomspensioen ten koste van het nabestaandenpensioen. Hij is evenmin bereid gebleken bij de (toekomstige) aanwending van voor pensioen bestemde waarden in zijn bedrijf rekening te houden met een reservering voor nabestaandenpensioen. De man heeft binnen zijn bedrijf geen (nabestaanden)pensioenvoorziening opgebouwd, omdat hij van mening was dat de stille reserves in zijn bedrijf ruim voldoende zijn voor het pensioen. Hij zal de verkoopopbrengst van het bedrijf onderbrengen in een pensioenvoorziening en met de Belastingdienst een backserviceregeling daarvoor treffen. Van de man mag worden verlangd dat hij een deel van die voorziening reserveert voor het nabestaandenpensioen door daarvoor een nabestaandenverzekering af te sluiten. Daarnaast heeft hij twee onroerende zaken in eigendom, die hij verhuurt. De huuropbrengst dient als pensioeninkomen van de man te worden aangemerkt. Ter zake is geen voorziening voor

nabestaandenpensioen getroffen.

Het hof overweegt als volgt. Het pensioenverweer van artikel 1:153 lid 1 BW houdt in dat, indien als gevolg van de door de man verzochte echtscheiding een bestaand vooruitzicht op uitkeringen aan de vrouw na vooroverlijden van de man zou teloorgaan of in ernstige mate zou verminderen en de vrouw daarom tegen dat verzoek verweer voert, de echtscheiding niet kan worden uitgesproken voordat daarover een voorziening is getroffen die, gelet op de omstandigheden van het geval, ten opzichte van beide echtgenoten billijk te achten is. De regeling is beperkt in die zin dat zij slechts betrekking heeft op uitkeringen uit hoofde van een nabestaandenpensioen en daarmee vergelijkbare uitkeringen, zoals die krachtens een levensverzekering of een lijfrenteregeling.

De rechtbank heeft vastgesteld dat partijen blijkens de opgemaakte huwelijkse voorwaarden buiten iedere gemeenschap van goederen zijn gehuwd en geen verrekenbeding zijn overeengekomen, alsmede dat tijdens het huwelijk geen eenvoudige gemeenschap is ontstaan. Hiertegen is geen grief gericht. Het hof deelt derhalve het standpunt van de vrouw dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat, voor zover de vrouw recht heeft op een aandeel in het vermogen dat/de bedrijfswinst die door de man kan worden aangewend als pensioen en inkomen, dit bij de verdeling aan de orde kan komen. Het betoog van de vrouw met betrekking tot het vermogen/de bedrijfswinst van de man kan evenwel niet leiden tot het slagen van haar pensioenverweer. Dit verweer ziet immers slechts op (bestaande) vooruitzichten op uitkeringen als hiervoor omschreven, en derhalve niet op (niet bestaande) vooruitzichten op uitkeringen uit de verkoopopbrengst van de onderneming en uit huuropbrengsten van onroerende zaken. Voorts heeft de man, zoals de vrouw zelf opmerkt, binnen zijn onderneming geen nabestaandenpensioen opgebouwd, zodat zij ook niet uit dien hoofde een bestaand recht op een uitkering uit de verkoopopbrengst van de onderneming heeft.

De conclusie van het hof luidt dat het pensioenverweer van de vrouw niet slaagt. Het hof heeft de bestreden beschikking bekrachtigd voor zover daarbij de echtscheiding is uitgesproken.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 22-01-2019

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2019:172

Zaaknummer: 200.237.077/01

RECHTSPRAAK

GI geeft geen uitvoering aan de ondertoezichtstelling, hoe nodig die ook is. Daarom valt er niets meer te verwachten van de ondertoezichtstelling en wordt het verzoek van de GI tot verlenging afgewezen.

De gecertificeerde instelling (GI) heeft een verzoek tot verlenging van de ondertoezichtstelling ingediend. De kinderrechter stelt vast dat in het afgelopen jaar niets is veranderd in de ontwikkeling van de minderjarige. De minderjarige heeft nog steeds hetzelfde, beperkte contact met de vader en er is geen hulpverlening ingezet om haar negatieve vaderbeeld te veranderen. Hoewel de kinderrechter in de beschikking van 3 januari 2018 duidelijk heeft overwogen dat van de gezinsvoogdijwerker een voortvarend en doortastend optreden wordt verwacht en in aansluiting daarop van de ouders wordt verwacht dat zij met de minderjarige en onder regie van de GI deelnemen aan een hulpverleningstraject, is gebleken dat dit traject niet van de grond is gekomen. Dat kwam in eerste instantie omdat de moeder de dag voor de intake in april 2018 haar medewerking heeft ingetrokken en de intake heeft afgezegd. Op dat moment heeft de GI geen actie ondernomen terwijl zonneklaar was, ook voor de GI, dat juist in deze gezinsdynamiek, de moeder door de GI bij de les moest worden gehouden. In plaats van doortastend op te treden, heeft de gezinsvoogdijwerker hét moment laten lopen en heeft hij daarna geen passende hulpverlening meer aan de ouders en de minderjarige geboden.

Nu er feitelijk niets is gedaan en veranderd aan de zorgelijke situatie sinds januari 2018, wordt nog steeds voldaan aan de gronden voor de ondertoezichtstelling. De kinderrechter is echter van oordeel dat een verlenging van de ondertoezichtstelling op dit moment helaas geen toegevoegde waarde meer heeft. Het is aan de GI en met name het stilzitten van de gezinsvoogdijwerker te wijten dat in het afgelopen jaar geen passende hulpverlening voor de minderjarige en het gezin is ingeschakeld. Dat heeft de GI ter zitting ook erkend. De GI heeft ook nu in het te elfder ure ingediende verzoekschrift (waardoor de Raad voor de Kinderbescherming niet meer in staat was op de zitting aanwezig te zijn) en ter zitting niet concreet onderbouwd wat het komende jaar in het kader van de ondertoezichtstelling dient te gebeuren. De kinderrechter is gelet op het voorgaande van oordeel dat op dit moment niets meer te verwachten valt van een verlenging van de ondertoezichtstelling. Het verzoek is

daarom afgewezen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 20-12-2018

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2018:12445

Zaaknummer: C/03/258216 / JE RK 18-2735

RECHTSPRAAK

Wie is erfgenaam van de nalatenschap van de moeder? De vader of de kinderen? Ten tijde van het overlijden van de moeder was er een echtscheidingsbeschikking, verkregen op verzoek van de moeder. Deze was echter nog niet ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand op het moment dat de moeder overleed. De echtgenoot van de moeder is in het testament van de moeder als erfgenaam aangewezen, maar was dat de bedoeling nog wel van de erflaatster? De rechtbank vindt van niet.

De moeder heeft op 17 mei 1985 bij testament over haar nalatenschap beschikt. Kernpunt van geschil in zowel conventie als reconventie is de vraag wie als erfgenaam van de nalatenschap van de moeder heeft te gelden: de vader die zich op het testament beroept of de twee oudste kinderen (en met hen de andere kinderen), die zich beroepen op het bepaalde in artikel 4:46 BW.

De vader stelt, met een verwijzing naar de toelichting bij artikel 4:52 BW (in *Tekst en Commentaar* van Kluwer), dat hij aan het testament van de moeder rechten kan ontlelen. De rechtbank oordeelt hierover als volgt. Artikel 4:52 BW bepaalt dat een beschikking, getroffen ten voordele van degene met wie de erflater op het tijdstip van het maken van de uiterste wil gehuwd was, vervalt door een daarna ingetreden echtscheiding of scheiding van tafel en bed. Volgens de door de vader aangehaalde toelichting valt een *slechts aanhangig gemaakte echtscheiding* niet onder deze bepaling. In de verhouding tussen de vader en de moeder was echter geen sprake meer van een *slechts aanhangig gemaakte echtscheiding*, nu bij beschikking van 22 juli 2016 immers de echtscheiding tussen beiden is uitgesproken. Omdat de echtscheidingsbeschikking nooit is ingeschreven, was de vader ten tijde van het overlijden van de moeder formeel-juridisch gezien nog haar echtgenoot.

De vraag die vervolgens beantwoord dient te worden is of het testament op grond van het bepaalde in artikel 4:46 BW tegenover de vader effect sorteert. Bij de uitleg van het testament dient te worden gelet op de verhoudingen die het testament kennelijk wenste te regelen en op

de omstandigheden waaronder het testament is gemaakt. De volgende omstandigheid acht de rechtbank van belang bij de uitleg van het testament. Het testament dat de moeder heeft gemaakt toen zij gehuwd was met de vader, betreft een zogenoemd langstlevende testament, dat tot doel heeft de echtgenoot verzorgd achter te laten. Uit het gebruik van de woorden ‘mijn echtgenoot’ moet naar het oordeel van de rechtbank dan ook de bedoeling van de moeder worden afgeleid dat de benoeming van de vader tot erfgenaam van de moeder uitsluitend gold voor de situatie dat de moeder nog gehuwd was met de vader op het tijdstip van haar overlijden. De door de moeder aanhangig gemaakte echtscheidingsprocedure en haar wens om de echtscheidingsbeschikking in te schrijven in de registers van de burgerlijke stand vormen tezamen genomen een duidelijke aanwijzing dat de moeder de vader niet langer als haar echtgenoot wenste te zien en dat zij beoogde het huwelijk met de vader te doen eindigen. Slechts door een buiten haar wil gelegen oorzaak is dat niet gerealiseerd. Onweersproken is dat de vader niet wilde meewerken aan de inschrijving in de registers van de burgerlijke stand en dat de moeder moest wachten tot het verstrijken van de termijn van hoger beroep. Er moet daarom van uitgegaan worden dat de moeder niet meer het oogmerk had het huwelijk nog in stand te laten, maar dat louter door de omstandigheid dat de vader niet wilde meewerken, inschrijving van de echtscheidingsbeschikking niet heeft plaatsgevonden. De rechtbank oordeelt dan ook dat de vader geen erfgenaam is op grond van het testament van 17 mei 1985.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 21-11-2018

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2018:9563

Zaaknummer: C/10/532603/HA ZA 17-775

Rechters: G.A.F.M. Wouters

Wetsartikelen: 4:13 BW, 4:46 BW en 4:1167 oud BW

RECHTSPRAAK

U.D./X.B.

Artikel 8 Verordening (EG) 2201/2003. Is fysieke aanwezigheid van het kind een onontbeerlijke voorwaarde voor het aannemen van een gewone verblijfplaats? Maakt het iets uit dat onrechtmatige handelingen van vader hebben verhinderd dat moeder en kind zich naar een andere lidstaat zouden begeven?

U.D., de moeder van het kind, is staatsburger van Bangladesh. In 2013 trad ze in het huwelijk met X.B., de vader van het kind en een Britse staatsburger. In juni 2016 vestigde moeder zich in het Verenigd Koninkrijk (VK) om bij vader te wonen. Ze kreeg een visum voor drie jaar als buitenlandse echtgenoot. In december 2016 reisden ze naar Bangladesh en bleven aldaar, ook tijdens de geboorte van het kind in februari 2017. Het kind is nooit in het VK geweest. In januari 2018 keerde vader alleen terug naar het VK. In maart 2018 maakte moeder een zaak aanhangig bij de Britse rechter en verzocht de rechter om het kind onder een beschermingsmaatregel te plaatsen. Ze betoogde dat het kind op het tijdstip waarop de zaak aanhangig werd gemaakt zijn gewone verblijfplaats had in het VK en dat de rechter bevoegd was om van de zaak kennis te nemen. Vader betwiste de bevoegdheid van de rechter.

De verwijzende rechter overweegt dat een rechtsvraag aan de orde is die tot nu toe niet aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) is voorgelegd, namelijk of het mogelijk is dat het kind gewone verblijfplaats heeft in een land waar het kind niet fysiek aanwezig is. Bovendien zou de vader zodanig dwang over moeder hebben uitgeoefend dat zij genoodzaakt was om in een derde land te bevallen. Aangevoerd wordt dat vader haar in dat land onder dwang zou hebben vastgehouden, terwijl de dragers van de ouderlijke verantwoordelijkheid geen gemeenschappelijke bedoeling hadden om in dat land te verblijven. De verwijzende rechter wil weten of deze omstandigheden – die strijd opleveren met artikel 3 en 5 EVRM – van invloed zijn op de beoordeling van de gewone verblijfplaats van het kind als bedoeld in artikel 8 Verordening (EG) 2201/2003.

De zaak is behandeld onder de prejudiciële spoedprocedure. De Britse regering had aangevoerd dat het HvJ EU niet bevoegd was om kennis te nemen van een zaak die betrekking

heeft op de verhouding tussen een lidstaat en een derde land en dat het HvJ EU zich diende te beperken tot gedingen waar de verhouding tussen lidstaten onderling aan de orde was, maar het HvJ EU verwierpt deze stelling. De bevoegdheidsregels in Verordening (EG) 2201/2003 dienen niet slechts te gelden in situaties die een wezenlijke en voldoende band hebben met de interne markt, maar heeft ontegenzeggelijk tot doel de belemmeringen van de werking van de interne markt weg te nemen die kunnen voortvloeien uit de verschillen tussen de nationale wetgeving op dat gebied.

Over het hoofddeding stelde het HvJ EU voorop dat Verordening (EG) 2201/2003 geen definitie bevat van het begrip ‘gewone verblijfplaats’. Uit het bijvoegelijk naamwoord kan worden afgeleid dat het verblijf een zekere bestendigheid of regelmatigheid moet hebben (HvJ 22 december 2010, C-497/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:829, punt 44 (*Mercredi*)). Gelet op de eenvormige toepassing van het Unierecht en het gelijkheidsbeginsel dient een begrip van het Unierecht dat voor betekenis en draagwijdte niet naar de nationale wetgeving van de lidstaten verwijst normaliter in de hele Unie autonoom en uniform te worden uitgelegd, rekening houdend met de context van de bepaling en het doel van de regeling (*Mercredi*, punt 45). Uit artikel 12 Verordening (EG) 2201/2003 blijkt dat die is opgesteld opdat rekening met het belang van het kind wordt gehouden en omwille van dat belang opdat voorrang wordt gegeven aan het criterium van nauwe verbondenheid. De Uniewetgever was immers van mening dat de rechter die geografisch het dichtst bij het kind is, het beste in staat is om de in het belang van het kind te treffen maatregelen te beoordelen. Met deze overweging als uitgangspunt berust de bevoegdheid in eerste instantie bij de rechter van de lidstaat waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft, behalve waar de verblijfplaats is veranderd of indien sprake is van prerogatie (HvJ EU 15 februari 2017, C-499/15, ECLI:EU:C:2017:118, punt 51, PFR 2017-0147 (*W. en V.*)). Het HvJ EU heeft herhaaldelijk aangegeven dat er – naast de fysieke aanwezigheid van het kind in een lidstaat – uit andere factoren moet blijken of diens aanwezigheid niet tijdelijk of toevallig is (HvJ EU 2 april 2009, C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225, punt 38 (*A.*); *Mercredi*, punt 49; HvJ EU 9 oktober 2014, C-376/14 PPU, ECLI:EU:C:2014:2268, PFR 2014-0343, punt 51 (*C.*); *W. en V.*, punt 60; HvJ EU 8 juni 2017, C-111/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:436, punt 43 (*O.L.*), en HvJ EU 28 juni 2018, C-512/17, EU:C:2018:513, punt 41 (*H.R.*)). Het belang van het geografische criterium blijkt ook uit artikel 13 lid 1 Verordening (EG) 2201/2003, op grond waarvan bevoegdheid gegrond wordt op de enkele fysieke aanwezigheid van het kind, indien diens verblijfplaats in geen enkele lidstaat als ‘gewoon’ is aan te merken en de bevoegdheid niet aan artikel 12 kan worden ontleend. Zo oordeelde het HvJ EU in *W. en C.*, (punt 61) dat de fysieke aanwezigheid van een kind in de lidstaat een minimale vereiste is voor het aannemen van de gewone verblijfplaats in die lidstaat. Het HvJ EU onderstreept de centrale plaats van artikel 8 en de hoofdregel dat bevoegdheid bij de rechter van de gewone verblijfplaats van het kind berust. Aldus wordt de hoofdregel in artikel 8 aangevuld door flankerende bijzondere regels in

artikel 13 (wanneer de gewone verblijfplaats niet kan worden vastgesteld), 14 (indien geen enkele lidstaat op grond van art. 8 t/m 13 bevoegd is) en 15 (indien een bevoegde rechter verwijst naar de rechter van een andere lidstaat die beter in staat is om de zaak te behandelen (*W. en C.*, punt 56)). Hieruit volgt dat indien een rechter niet bevoegd is op grond van artikel 8, er nog ruime andere mogelijkheden zijn om bevoegdheid desalniettemin aan te nemen. Zo heeft de Uniewetgever aandacht gehad voor de situatie waar het niet mogelijk is om de gewone verblijfplaats van het kind vast te stellen en voor de situatie waar een andere dan de bevoegde rechter beter geplaatst is om de zaak te behandelen. Bijgevolg kan onder geen omstandigheden worden vastgesteld dat het kind zijn gewone verblijfplaats heeft in een lidstaat waar het nooit is geweest.

De in deze zaak genoemde omstandigheden – dat de vader de moeder onder dwang zou hebben gehouden – kunnen geen afbreuk doen aan de hierboven uiteengezette uitleg. Bij het ontbreken van fysieke aanwezigheid van het kind in de lidstaat kan geen beslissend belang worden toegekend aan de bedoeling van een of beide ouders om zich in een andere lidstaat te willen vestigen, ten koste van de geografische overwegingen. Een en ander zou in strijd zijn met de bedoeling van de Uniewetgever. De gegeven uitleg – waaruit volgt dat het ontbreken van fysieke aanwezigheid van het kind eraan in de weg staat dat er rekening wordt gehouden met overwegingen zoals de bedoelingen van de ouders – doet recht aan het criterium van nauwe verbondenheid, en zorgt ervoor dat rekening wordt gehouden met het belang van het kind. Artikel 4, 6 en 24 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie nopen niet tot een ander uitleg. Het belang van het kind wordt in Verordening (EG) 2201/2003 belichaamd door het criterium van nauwe verbondenheid. Wanneer bevoegdheid niet aan artikel 8 kan worden ontleend, biedt de verordening de lidstaten de residuele mogelijkheden in artikel 13, 14 en 15, die als een soort '*parens patriae*-bevoegdheid' kunnen worden opgevat. Het belang van het kind verlangt niet een uitleg zoals door de moeder is voorgestaan, zelfs niet in de omstandigheden die beschreven zijn, met inbegrip van de gestelde schendingen van de grondrechten van moeder en kind.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 17-10-2018

ECLI: ECLI:EU:C:2018:835

Zaaknummer: C-393/18

Wetsartikelen: 8 Verordening (EG) 2201/2003

RECHTSPRAAK

S. V. t. Italië

Transseksualiteit. Begrip privéleven. Seksuele identiteit. Naamrecht. Persoonlijke autonomie. Naamswijziging slechts mogelijk na ondergaan van operatie tot geslachtswijziging en na toestemming rechtbank. Lange wachttijd. Belangenafweging. Starre procedure waarmee geen doel wordt nastreeft. Aanbeveling CM/Rec(2010)5 betreffende de maatregelen tot bestrijding van discriminatie op grond van seksuele geaardheid of genderidentiteit.

Klaagster is in 1965 geboren en woont in Ostia Lido. Na de geboorte is ze ingeschreven bij de burgerlijke stand als mannelijk en met de voornaam L. Haar seksuele geaardheid ervaart ze echter als vrouwelijk. Reeds langere tijd gebruikt ze de voornaam S. Op haar identiteitskaart van 2000 bijvoorbeeld staat ze vermeld als vrouwelijk en met de voornaam S. Sinds 1999 ondergaat ze een hormonale behandeling. In 2000 verzocht ze – overeenkomstig wet 164/1982 – de rechtbank Rome om toestemming van het ondergaan van een operatie tot fysieke geslachtswijziging en in 2001 verleende de rechtbank die toestemming. Na deze toestemming te hebben gekregen richtte klagster aan de gemeente Rome een verzoek tot voornaamswijziging. Het verzoek was gebaseerd op wet 396/2000. Zij gaf aan het moeten gebruiken van de voornaam L. in officiële documenten – wat met regelmaat gebeurde – als zeer gênant te ervaren, terwijl de wachttijd voor het ondergaan van de fysieke geslachtswijziging ongeveer vier jaar bedroeg. De gemeente weigerde per besluit van 4 juli 2001, en overwoog dat een dergelijk verzoek slechts kon worden ingewilligd wanneer een daartoe strekkende rechterlijke beschikking werd overlegd. Tegen deze beslissing ging klagster in beroep bij het administratieve tribunaal (TAR) te Latium. Ze vroeg tevens om een voorlopige voorziening. In 2001 kreeg klagster een borstimplantatie. Ze schreef zich in voor de ingrijpende operatie tot geslachtswijziging. In 2002 wees het TAR klagsters verzoek om een voorlopige voorziening af. In februari 2003 onderging klagster de operatie en daarna wendde ze zich wederom tot de rechtbank Rome met het verzoek om formele erkenning van de geslachtswijziging en wijziging van haar voornaam van L. in S., welk verzoek door de rechtbank per beschikking van 10 oktober 2003 werd ingewilligd. Op 6 augustus 2008

verklaarde het TAR klagsters beroep tegen het besluit van de gemeente van 4 juli 2001 ongegrond. De wet 396/2000 inzake voornamswijziging was volgens het TAR niet van toepassing. Naar het oordeel van het TAR diende het verzoek op grond van wet 164/1982 inzake geslachtswijziging te worden beoordeeld en daaromtrent was uitsluitend de rechtbank Rome bevoegd. Tegen deze beslissing stelde klagster geen beroep in.

In Straatsburg stelt klagster dat de weigering om haar voornaam te wijzigen omdat ze de operatie tot geslachtswijziging nog niet had ondergaan een schending van haar recht op eerbiediging van haar privéleven (art. 8 EVRM) oplevert. Het EHRM oordeelt de klacht ontvankelijk, ondanks dat klagster de nationale rechtsmiddelen niet heeft uitgeput. Gelet op de stand van het recht is het aanwenden van de beschikbare rechtsmiddelen zinloos. Het EHRM oordeelt vervolgens dat de klacht binnen de werkingssfeer van het privéleven valt; identiteit, seksuele identiteit, de naam, geslachtsgerichtheid en het seksuele leven van een persoon maken allemaal deel uit van de persoonlijke sfeer die onder de werking van artikel 8 EVRM valt (EHRM 12 juni 2003, 35968/97, par. 69 (*Van Kück/Duitsland*); EHRM 8 januari 2009, 29002/06, par. 77 (*Schlumpf/Zwitserland*); EHRM 10 maart 2015, 14793/08, par. 56, PFR 2015-0095 (*Y.Y./Turkije*)). Het begrip persoonlijke autonomie is een belangrijk beginsel dat bij de interpretatie steunt op de uit artikel 8 EVRM voortvloeiende garanties, aan de hand waarvan het EHRM in de context van transseksualiteit het recht op zelfbeschikking heeft afgeleid, waarbij de vrijheid van een persoon om de seksuele geaardheid te bepalen een van de meest essentiële elementen is (*Van Kück*, par. 73). Het EHRM herhaalt dat het recht op persoonlijke ontplooiing en de lichamelijke en morele integriteit door artikel 8 EVRM gegarandeerd zijn (*Van Kück*, par. 69, *Schlumpf*, par. 100 en *Y.Y./Turkije*, par. 58). De bestaande EHRM-rechtspraak strekt tot juridische erkenning van seksuele identiteit van transseksuelen die een operatie tot geslachtswijziging hebben ondergaan (EHRM 17 oktober 1986, 9532/81 (*Rees/VK*); EHRM 27 september 1990, 10843/84 (*Cossey/V.K.*); EHRM 25 maart 1992, 13343/87 (*B./Frankrijk*); EHRM 11 juli 2002, 28957/95 (*Christine Goodwin/V.K.*) [GC]; EHRM 11 juli 2002, 25680/94, (*I./V.K.*) [GC]; EHRM 23 mei 2006, 32570/03 (*Grant/V.K.*); EHRM 16 juli 2014, 37359/09, PFR 2014-0234 (*Hämäläinen/Finland*) [GC]) of over de voorwaarden waaraan voldaan moet worden om toegang tot een dergelijke operatie te krijgen (*Van Kück*; *Schlumpf*; EHRM 11 september 2007, 27527/03 (*L./Litouwen*); *Y.Y./Turkije*) of over de juridische erkenning van seksuele identiteit van transseksuelen die niet een operatie tot geslachtswijziging hebben ondergaan die door de autoriteiten worden goedgekeurd of die weigeren zich aan een dergelijke behandeling te onderwerpen (EHRM 6 april 2017, 79885/12, PFR 2017-0184 (*A.P., Garçon en Nicot/Frankrijk*)).

De onderhavige zaak betreft een nieuwe kwestie, het recht van een transseksueel om een naamswijziging te krijgen voorafgaande het ondergaan van een operatie tot geslachtswijziging.

Omdat de zaak betrekking heeft op de keuze van wijziging van een voornaam of geslachtsnaam kan er geen twijfel over bestaan dat de situatie binnen de reikwijdte van het privéleven valt als bedoeld in artikel 8 EVRM (EHRM 17 februari 2011, 11369/04, par. 37 (*Golemanova/Bulgarije*); EHRM 5 december 2013, 32265/10, par. 25, PFR 2014-0001 (*Henry Kismoun/Frankrijk*)). Betreffende de regels over de wijziging van namen genieten de lidstaten een brede beoordelingsmarge. Dergelijke beperkingen worden gerechtvaardigd door het algemeen belang bij een nauwkeurige registratie van de bevolking om de middelen van identificatie veilig te stellen en voor de duiding van familiebanden door middel van een naam (*Golemanova*, par. 39; *Henry Kismoun*, par. 31). Bij een belangenbotsing die betrekking heeft op de meest intieme aspecten van het privéleven, het recht op seksuele identiteit, heeft het EHRM geoordeeld dat de beoordelingsmarge van de lidstaten beperkt is (*Hämäläinen*, par. 67; *A.P., Garçon en Nicot*, par 123).

De vraag die voorligt is of Italië, gelet op de haar toegestane beoordelingsmarge, een juiste afweging heeft gemaakt tussen het algemeen belang en klagsters belang om haar naam in overeenstemming met haar identiteit te brengen. In de Italiaanse wetgeving (wet 164/1982) is voorzien in de juridische erkenning van de identiteit van transseksuelen door middel van aanpassing van de registratie van hun civiele status. Klagster heeft moeten wachten op het wijzigen van haar naam totdat zij de operatie tot geslachtswijziging heeft ondergaan. Anders dan in de zaak *A.P., Garçon en Nicot* is klagsters lichamelijke integriteit niet in geding. Volgens de beslissing van de administratieve rechter TAR diende klagster, na toestemming van de rechtbank Rome om de geslachtsverandering te ondergaan te hebben verkregen (op 10 mei 2001), te wachten met naamswijziging totdat de operatie was geschied en de daaropvolgende vaststelling door de rechtbank Rome van het feit dat de operatie was geschied en de definitieve wijziging van klagsters seksuele identiteit (op 10 oktober 2003). Het EHRM onderkent het algemeen belang bij onaantastbaarheid van civiele status, de garantie van betrouwbaarheid en consistentie en meer in het algemeen het belang bij rechtszekerheid, welke belangen rechtvaardigen dat een verzoek om wijziging van juridische identiteit in een stringente procedure wordt gevoerd en met zwaarwegende redenen onderbouwd. Het EHRM kan niet anders concluderen dan dat klagsters verzoek om slechts formele redenen werd geweigerd, waarbij geen enkele aandacht werd besteed aan haar concrete situatie. Voorbijgegaan werd aan het feit dat klagster een transitie van geslacht in gang had gezet die reeds over vele jaren gaande was, waarbij haar uiterlijk en haar sociale identiteit reeds vrouwelijk waren geworden. Het ontgaat het EHRM welk algemeen belang is gediend met klagster twee en een half jaar te laten wachten op de mogelijkheid om haar naam op officiële documenten in overeenstemming te brengen met haar seksuele identiteit, een en ander rekening houdend met de uitspraak van de rechtbank Rome op 10 mei 2001. Het EHRM ziet vooral een inflexibele gerechtelijke procedure voor de erkenning van de seksuele identiteit

van transseksuelen waardoor klagster gedurende een onredelijk lange periode in een abnormale situatie is geplaatst, welke bij haar gevoelens van kwetsbaarheid, vernedering en angst teweeg hebben gebracht. Het EHRM verwijst naar Aanbeveling CM/Rec(2010)5 betreffende de maatregelen tot bestrijding van discriminatie op grond van seksuele geaardheid of genderidentiteit, waarin het Comité van ministers de lidstaten heeft opgedragen om naamwijziging en registratie van geslachtswijziging in officiële documenten op snelle, transparante en toegankelijke wijze toe te staan. Het EHRM merkt op dat in wet 150/2011 de wet 164/1982 is aangepast in die zin dat een tweede gerechtelijke beslissing niet meer nodig is om een juridische wijziging van geslacht te realiseren nadat een operatie tot geslachtswijziging is ondergaan. Op grond van deze nieuwe wet kan de rechtbank bij het verlenen van toestemming tot het ondergaan van de operatie tegelijkertijd bepalen dat de registratie bij de burgerlijke stand van betrokkene gerectificeerd zal worden. Het voorgaande in overweging genomen oordeelt het EHRM dat artikel 8 is geschonden.

Instantie: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Datum uitspraak: 11-10-2018

Zaaknummer: 55216/08